

A previdência social no contexto da seguridade social e da ordem social

Damare Medina*

Sumário

Introdução; 2. Breves antecedentes e o futuro da proteção social; 3. Do seguro social à seguridade social na Constituição de 1988; 4. A ordem social no topo constitucional e o sistema da seguridade social; 5. Os princípios da Previdência Social; 6. As reformas da Previdência Social no Brasil; 7. Limites constitucionais ao poder de reforma; 8. O STF e a contribuição previdenciária dos servidores inativos; 9. O princípio da retributividade direta no julgamento do RE 415.454; Conclusão – O papel da seguridade no Brasil; Bibliografia.

Introdução

O presente trabalho busca lançar luzes sobre a temática da previdência social, inserida no contexto constitucional da seguridade social e da ordem social. Para tanto, dividimos o ensaio em duas partes.

Na primeira parte, buscaremos oferecer um breve panorama dos antecedentes e do futuro da proteção social no século XXI, focado nas modificações das relações de trabalho. Será analisada a transição do paradigma do seguro social para a seguridade social no Brasil, com a inflexão da constitucionalização da ordem social e os sucessivos desafios na concretização do projeto constitucional de seguridade social.

Na segunda parte, recorreremos a uma breve análise topológica da ordem social no contexto constitucional como pano de fundo da análise jurídica dos principais fundamentos da seguridade social e de um de seus subsistemas: a previdência social. Passaremos à apreciação das duas principais reformas no sistema previdenciário brasileiro: a Emenda Constitucional 20/1998 e a Emenda Constitucional 41/2003.

* Advogada. Mestre em Direito Constitucional. Professora do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

Por fim, analisaremos dois precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da previdência social, com vista a oferecer a leitura constitucional de alguns dos princípios previdenciários. Nesse sentido, serão objeto de análise a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.105 (contribuição dos servidores inativos) e o Recurso Extraordinário (RE) 415.454, especificamente na parte em que trata do princípio da retributividade.

Como conclusão, oferecemos dados sobre o papel da seguridade social no Brasil e a intrínseca correlação entre crescimento econômico e diminuição da pobreza.

2. Breves antecedentes e o futuro da proteção social¹

Desde o final da segunda guerra mundial até meados da década de 1970, o paradigma de proteção social, no contexto do Estado do bem-estar social, tinha por base a sociedade do trabalho.

Em uma situação ideal de pleno emprego, a proteção social apenas consolidar-se-ia mediante contribuições sucessivas à força laboral. Esse era o modelo bismarckiano, no qual as contribuições tripartites do Estado, dos empregadores e do trabalhador garantiriam o financiamento da rede de proteção social. Ao Estado caberia apenas a cobertura universal de serviços básicos. O trabalhador, chefe de família, garantiria todo o grupo familiar com sua renda e proteção social.

Contudo, esse modelo sempre teve um alcance limitado, sobretudo na América Latina, onde os mercados de trabalho nunca conseguiram transformar-se na porta de entrada universal e dinâmica para os esquemas de proteção social. Além da falta de

¹ O presente tópico tomou por base o documento Enfrentando o futuro da proteção social: acesso, financiamento e solidariedade elaborado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), para o trigésimo primeiro período de sessões da Comissão (Montevideu, Uruguai, 20 a 24 de março de 2006), disponível em <http://www.cepal.org.ar/publicaciones/xml/4/24084/lcg2295p.pdf>, acesso de 3.6.2008.

capacidade abrangente do mercado de trabalho, seja na criação de empregos de qualidade, seja em termos contributivos, as desigualdades sociais refletem-se intensamente no mundo do trabalho, criando barreiras de entradas para os grupos menos favorecidos².

Desigualdades sociais históricas eram repetidas nas estruturas entre capital e trabalho e a falta de oportunidades expunha os grupos desprotegidos a uma dupla desvantagem: exclusão laboral e exclusão social, com maior exposição aos riscos.

Por essas razões, nem a curto, nem a longo prazo, o mercado de trabalho poderá ser o único mecanismo utilizado para proteger o grosso da população dos riscos relacionados com a falta de renda, a saúde e o envelhecimento.

Daí a necessidade de repensar os mecanismos instituídos de solidariedade, como forma de neutralizar as dinâmicas excludentes do mercado de trabalho, mediante a redistribuição de ativos: gasto social. O fomento do pleno exercício da cidadania e de maior igualdade de oportunidades é, antes de mais nada, o fortalecimento da democracia e das bases políticas de uma sociedade mais abrangente: a justiça como integração social.

Na década de 1990, o crescimento econômico volátil nos países da América Latina e a consequente transformação estrutural do emprego contribuíram para o declínio da cobertura da previdência social contributiva. Tal realidade traduziu-se em maior vulnerabilidade diante do desemprego e na tendência à precarização e informalidade das relações de trabalho.

As deficiências do mercado de trabalho não são as únicas pressões sofridas pelos sistemas de proteção social, somem-se a elas as restrições fiscais, as mudanças no modelo familiar, a incorporação da mulher no mercado de trabalho, a transição demográfica e a maior volatilidade da economia. Todos esses fatores ocasionaram novos riscos aos riscos sociais pré-existentes.

Em um cenário de escassez de recursos, ganha ênfase a figura das Redes Mínimas de Proteção Social (RMPS) com vistas a uma proteção social universal, ainda que mínima. O Estado deve coordenar todos

os programas de luta contra a pobreza (assistência social, programas de emprego) assim como outros programas relacionados, com atenção primária à saúde e aos programas que focalizam os grupos vulneráveis (mulheres, crianças, grupos étnicos) a fim de construir uma política integral e integrada de combate à pobreza.

Esforços devem ser empenhados para que a administração das RMPS seja independente do governo central e politicamente neutra, desenhando métodos simples, mas efetivos para focalização nos pobres. Os projetos deverão ser selecionados mediante critérios objetivos previamente estabelecidos com foco na redução substancial da pobreza e maximização do uso dos recursos e executados por entidades as mais descentralizadas e locais possíveis. Por fim, deverá ser feita a avaliação constante e adequada do desempenho dos projetos.³

Nesse contexto, o futuro da proteção social aponta para a necessidade de incrementar os mecanismos de proteção não contributivos, com vista a abranger os amplos setores da população que ainda estão à margem dos sistemas formais de proteção, mesmo em face da escassez de recursos fiscais. A proteção de origem laboral deverá ser complementada com mecanismos solidários de proteção não contributiva, garantindo-se gradativamente uma solidariedade integral.

3. Do seguro social à seguridade social na Constituição de 1988⁴

No Brasil do século XIX, as primeiras iniciativas de proteção social seguiram o preceito de seguro social, que prevê a cobertura apenas para o contribuinte direto, restrita aos associados. A primeira cooperativa de que se tem notícia surgiu em Vila Rica (atual Ouro Preto) e buscava assegurar aos seus associados caixão e velório.

Com a urbanização e industrialização do início do século XX intensificou-se a demanda por

² Sobre um detalhado panorama das desigualdades sociais e das dinâmicas excludentes do mercado do trabalho ver: Retrato das desigualdades, 2 ed., Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher - Unifem e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea, disponível em <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/1907.pdf>, acesso de 2.6.2008.

³ MESA-LAGO, Carmelo. *Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI*, Série Políticas Sociales, Naciones Unidas, Santiago de Chile, janeiro/2000, p. 45, disponível em <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/4661/lcl1249e.pdf>, acesso de 16.7.2007.

⁴ Esse tópico foi elaborado a partir das informações contidas no documento *Seguridade Social e Financiamento do Sistema Único de Saúde - SLIS no Brasil*, Ministério da Saúde, julho/2007, disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1001, acesso de 20.5.2008.

proteção social, mediante iniciativas de determinadas categorias profissionais, que organizavam associações de auxílio mútuo para responder aos riscos sociais. Nesse contexto surgiram as Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAP) e a Lei Eloy Chaves, em 1923, que marca o início da previdência moderna no Brasil. Esses modelos, contudo, sempre foram norteados pela lógica de seguro, que limitava os benefícios previdenciários, pensões e assistência médica aos trabalhadores do mercado formal, que contribuíam para o sistema previdenciário.

Os indivíduos excluídos do mercado formal de trabalho eram excluídos também da cobertura médico-hospitalar, restando-lhes disputar com os mais pobres e indigentes a rede de assistência caritativa ou filantrópica das Santas Casas de Misericórdia. Para todos apenas as ações de saúde coletiva prestadas pelo Ministério da Saúde, como as campanhas de vacinação.

A Constituição Federal de 1988 pôs fim a essa dupla exclusão, inaugurando o paradigma da seguridade social, em substituição ao preceito de seguro social. Com a constitucionalização de direitos universais básicos de cidadania - como a saúde pública, a assistência social, o seguro-desemprego e a cobertura previdenciária mais abrangente - o cidadão, e não apenas o contribuinte, passou a ser o destinatário da proteção social.

A ampliação do leque de direitos sociais, bem como a extensão da cobertura a seguimentos até então desprotegidos, não veio desacompanhada da criação de fontes de financiamento adequadas para o custeio dessa nova seguridade social. Por isso foi criado o Orçamento da Seguridade Social (OSS) que objetivava blindar o financiamento da seguridade social contra as flutuações cíclicas da economia.

As contribuições dos empregados e dos empregadores (modelo bismarckiano) somaram-se outras fontes de financiamento:

- faturamento das empresas, através do já existente Fundo de Investimento Social (Finsocial), que foi transformado em Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Com a Emenda Constitucional 20/1998 a base de incidência foi ampliada para receita e faturamento;

- Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep), vinculados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, para custear o seguro-desemprego e o abono;

- lucro líquido das empresas, com a criação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

- receita de concursos e prognósticos;

- aporte de recursos fiscais das demais esferas da Federação (Fundo de Participação dos Estados [FPE] e Fundo de Participação dos Municípios [FPM]).

Em 1996, as fontes de financiamento da seguridade social ganharam o reforço da CPMF, contribuição criada para financiar a saúde, com a alíquota inicial de 0,20%, posteriormente elevada para 0,38% (0,20% para saúde; 0,10% para a previdência social e 0,08% para a assistência social - Fundo de Erradicação da Pobreza). A CPMF não foi renovada em 2007, contudo, tramita na Câmara projeto de lei complementar (PLC) que tenta aprovar novamente a contribuição, agora sob o nome de contribuição social da saúde (CSS) e com alíquota de 0,1%.

No que diz respeito à amplitude da cobertura da seguridade social, dados do Ipea indicam que o SUS alcança cerca de 90 milhões de pessoas. O crescente sistema de saúde privado suplementar cobre praticamente toda a classe média, cerca de 40 milhões de pessoas. Logo, existem cerca de 35 milhões de habitantes sem cobertura de serviços de saúde⁵. A previdência social, ainda segundo informações levantadas pelo Ipea, possui uma cobertura considerada insuficiente: ao redor de 54% de segurados, relativamente ao total da população economicamente ativa (PEA)⁶. No tocante à assistência social, em 2006, o principal programa (bolsa-família) beneficiou 11.071.446 famílias. Já os benefícios de prestação continuada (BPC) atenderam 2.477.485 pessoas⁷.

De acordo com a tabela seguinte, que traz o orçamento da seguridade social liquidado em 2006, o OSS seria suficiente para garantir a cobertura dos gastos com saúde, previdência e assistência social. Vejamos:

⁵ SILVA, Enid Rocha da. e SCHWARZER, Helmut. *Proteção Social, aposentadorias, pensões e gênero no Brasil*, Texto para Discussão n 934, dezembro/2002, Ipea, p. 15, disponível em http://www.Ipea.gov.br/pub/td/2002/td_0934.pdf, em acesso 20.4.2007.

⁶ Ipea: *Políticas Sociais: acompanhamento e análise 14*, fev/2007, p. 36, disponível em http://www.Ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_06/Seguridade_social.pdf, acesso de 3.6.2008.

⁷ Ministério da Saúde: *Seguridade Social e Financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS no Brasil*, julho/2007, disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1001, acesso de 20.5.2008.

Orçamento da Seguridade Social liquidado em 2006
(Em milhões de reais⁵)

Despesa/liquidado		Receita		
Gastos do tipo A		Fontes	Depois DRU	Recolhimento DRU ⁶
Previdência social básica	162.577	1) Contribuição de empregados e trabalhadores	127.196	0
Pagamento do seguro-desemprego	11.064	2) Cofins	75.284	18.821
Pagamento do benefício de prestação continuada - Loas	9.679	3) CPMF	21.092	3.958
Atenção hospitalar e ambulatorial no Sistema Único de Saúde	19.432	4) Contribuição sobre lucro líquido pessoa jurídica	23.158	5.789
Pagamento de renda mensal vitalícia	1.892	5) Receita prognóstico	560	140
Total de gastos do tipo A	204.643	6) PIS/Pasep (seguro-desemprego)	11.064	2.766
Gastos do tipo B ⁷		7) Contr. Seg. servidor público (servidor + patronal)	11.741	0
Ministério da Saúde: outros programas	21.612	8) Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza	6.490	0
Ministério do Desenvolvimento Social: outros programas	1.753	9) Contribuição sobre a produção rural ⁸	1.957	489
Ministério da Previdência Social: outros programas	8.290	10) Receitas provenientes de impostos	14.532	0
Total de gastos do tipo B	31.656			
Gastos do tipo C				
Transferências de renda com condicionalidades (Bolsa Família)	8.231			
Total de gastos do tipo C	8.231			
Gastos do tipo D				
Previdência de inativos e pensionistas da União	46.262			
Indenizações e pensões especiais de responsabilidade da União	723			
Total de gastos do tipo D	46.984			
Total	291.514	Total	293.074	31.964

Fonte: Sial/SIN e Sidor/SOF.

Notas: ⁵ Valores correntes.

⁶ A incidência da DRU dá-se recolhendo 20% do valor arrecadado na forma de Cofins, Contribuição sobre Lucro Líquido de Pessoa Jurídica, Receita de Prognóstico e Contribuição sobre a Produção Rural somado a 15,8% do valor arrecadado com CPMF e a 20% da parte da arrecadação do PIS/Pasep destinada ao pagamento do seguro-desemprego.

⁷ Os outros programas dos ministérios estão nesta pauta.

⁸ Por causa da não-disponibilidade deste valor arrecadado, como estimada replica-se o valor arrecadado em 2005.

Contudo, desde 1994, o OSS vem sendo reiteradamente desviado por emendas constitucionais propostas pelo Poder Executivo que permitem a desvinculação de parte das receitas destinadas ao financiamento da seguridade social (20%), dando suporte ao ideológico discurso do déficit da seguridade social (é o que se depreende da terceira coluna das receitas apontadas no quadro acima). Tudo começou com a criação do Fundo Social de Emergência (FSE) – Emenda Constitucional de Revisão 1/1994. Em 1997, o mesmo mecanismo denominou-se Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) – EC 17/1997. Em 2000 o FEF transforma-se na Desvinculação de Receitas da União (DRU) – 27/2000. Foram várias as denominações para o mesmo mecanismo, todos com a idêntica finalidade: desvirtuar o destino de receitas compulsoriamente cobradas da sociedade com fundamento no financiamento da seguridade social, para outras áreas.

Nesse ponto, há de se perquirir se o fundamento de legitimidade dessas exações (tributos) subsiste ao desvio de sua finalidade constitucional. Para tanto, basta que nos remetamos à tradicional dicotomia entre poder constituinte originário (instituidor do orçamento da seguridade social e sua destinação, ainda que indireta) e poder reformador (as sucessivas emendas à Constituição que institucionalizaram a desvinculação das receitas da seguridade social). Conclui-se que, desde 1994, a forma de financiamento do sistema de

seguridade social vem passando por intenso processo de mutação constitucional, curiosamente, por intermédio de processos formais de alteração do texto vigente⁸.

4. A ordem social no topo constitucional e o sistema da seguridade social

Partindo de uma análise topológica da Constituição Federal, verificamos que a Ordem Social é o penúltimo título, antecedendo apenas as disposições gerais. Donde se conclui que, de fato, a ordem social é o último tema a ser positivado na Carta Magna. Isso deve ter um significado em si.

Adotando a premissa de que as matérias foram tratadas na Constituição a partir de sua importância, verificamos que em primeiro lugar vem os Princípios Fundamentais da República, seguidos dos direitos e garantias fundamentais.

Logo após temos a organização do Estado, de seus poderes, e a defesa do Estado e das instituições

⁸ Sobre o tema ver o artigo *Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) quanto às Contribuições Sociais sob a Ótica dos Direitos Prestacionais Fundamentais*, de Frederico Menezes Breyner, disponível em http://www.sachacalmon.com.br/admin/arq_publica/58d2d622ed4026cae2e56dff5818a11.pdf, em acesso de 21.5.2008.

democráticas. Seguem-se a tributação, o orçamento e a ordem econômica e financeira.

Por último, temos a ordem social, baseada no primado do trabalho, tendo como objetivo o bem-estar e a justiça social. Estabeleceu-se um trinômio aparentemente antinômico.

Como pode o primado do trabalho oferecer sustentáculo para ações tão diversas como: a seguridade social; a educação, a cultura e o desporto; a ciência e a tecnologia; a comunicação social; o meio ambiente, a família, a criança e o adolescente e o idoso; e, por último, os índios?⁹

A resposta é complexa e está longe de ser evidente. Contudo, dado o escopo restrito da presente análise, deter-nos-emos no sistema da seguridade social, que compreende os subsistemas da saúde, previdência social e assistência social.

Qual a relação entre o primado do trabalho e o bem-estar e a justiça sociais? Melhor dizendo, onde o primado do trabalho e a saúde, a previdência e a assistência social se interceptam, se cruzam?

Conforme restou explicitado nos tópicos anteriores, a estrutura do mercado de trabalho reflete as desigualdades sociais. Logo, os mecanismos contributivos de proteção social (cidadania laboral) precisam ser complementados por mecanismos solidários de proteção social, de forma a neutralizar as dinâmicas excludentes do mercado de trabalho evitando a dupla exclusão: do mercado de trabalho e da rede de proteção social.

Nesse sentido, o sistema constitucional de seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. A seguridade social será financiada por toda sociedade, de forma direta ou indireta, com recursos provenientes dos orçamentos dos entes federados e, também, de contribuições sociais específicas (tributos), conforme explicitado no tópico anterior.

⁹ O desafio de compatibilizar o primado do trabalho com os objetivos da ordem social (bem-estar e justiça sociais) não é menor que o desafio oferecido pela ordem econômica: fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170 da Constituição).

A saúde é direito universal de todos e dever do Estado e deve ser prestada gratuita e igualitariamente para toda a população, conforme determina o artigo 196 da Constituição Federal¹⁰.

A previdência social visa à proteção do cidadão quando da perda, temporária ou permanente, da sua capacidade de trabalho.

A assistência social, por fim, tem o objetivo de prover o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos mais humildes, criando condições para a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social, com ações executadas pelo poder público ou pela iniciativa privada.

Os subsistemas da saúde, previdência e assistência social possuem uma relação de continência hierarquizada. Quanto melhores e mais eficazes as ações preventivas de saúde (como saneamento básico), maior e mais consistente a força laboral e a inclusão previdenciária contributiva. Consequentemente, menores os gastos com a assistência social. Portanto, no limite, perde sentido o discurso ideologizado acerca da segregação das despesas com os subsistemas da seguridade social, uma vez que as ações de seguridade social deverão ser compreendidas como um todo integrado e interdependente entre si.

Dentre os princípios norteadores da seguridade social, destacam-se a *universalidade* da cobertura e do atendimento e a *uniformidade e a equivalência* dos benefícios e serviços (entre trabalhadores urbanos e rurais), cuja prestação deverá obedecer a critérios de *seletividade e distributividade*. Estabeleceu-se a *irredutibilidade* do valor dos benefícios, a *equidade* na forma de participação no custeio, a *diversidade* da base de financiamento e o *caráter democrático e descentralizado* da gestão administrativa.

5. Os princípios da Previdência Social

A previdência social brasileira cobre os riscos decorrentes dos seguintes eventos:

- doença;

¹⁰ Em janeiro de 2007 foi publicada a Lei 11.445 que estabeleceu o marco regulatório para o saneamento no Brasil.

- invalidez;
- morte;
- idade avançada;
- proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e,
- pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e aos dependentes.

Todos os riscos sociais básicos previstos na Convenção 102/1952 da OIT (Padrões Mínimos da Seguridade Social) são cobertos pelo sistema previdenciário brasileiro. Na seara previdenciária, os princípios da seguridade materializam-se da forma seguinte:

Princípio da contributividade e da universalidade da cobertura e do atendimento: concebendo-se a Previdência Social como um seguro, o sistema é organizado sob a forma de um regime de caráter contributivo. No entanto, como os riscos sociais atingem a todos *democraticamente*, a totalidade da sociedade sem distinção de profissões e categorias sociais tem o direito à proteção contra esses riscos, mediante contribuição ao sistema previdenciário (universalidade de cobertura). O princípio da universalidade permite que o Estado imponha a obrigatoriedade de adesão ao sistema, de tal forma que a proteção seja estendida a todos.

Princípio da obrigatoriedade: O princípio da obrigatoriedade estabelece que todos aqueles que exercem atividade remunerada devem contribuir com um percentual de sua renda para a Previdência Social, princípio este decorrente da universalidade e que leva em conta, sobretudo, a estabilidade social do Brasil.

Princípio do equilíbrio financeiro e atuarial: o subsistema da previdência social deve conter regras que garantam a sua sustentabilidade. Esse equilíbrio entre a receita e o passivo atuarial (quanto se paga anualmente de aposentadoria) é necessário não apenas para dar segurança às pessoas que contribuem mensalmente para o sistema, mas também para assegurar o pagamento dos benefícios àqueles que contribuíram no passado (ou tiveram contribuições creditadas ou orçadas ou garantidas em seu nome).

Princípio da equivalência dos benefícios e serviços às populações rurais e urbanas: segundo este princípio, as regras de Seguridade Social não devem privilegiar

uns em detrimento de outros. A uniformidade diz respeito aos eventos que serão cobertos, enquanto a equivalência refere-se ao aspecto pecuniário ou de atendimento de serviços, sem a exigência de que estes ou os benefícios sejam iguais, mas sim, equivalentes.

Princípio da equidade: está relacionado à contribuição ao sistema de Seguridade Social, que deve ser estabelecida de acordo com a capacidade de cada indivíduo, da mesma forma que a retribuição ao segurado deve ser proporcional à sua contribuição.

Princípio da solidariedade entre gerações: baseia-se na premissa de que toda a sociedade economicamente ativa e o Estado devem contribuir para o pagamento dos inativos de hoje, de forma a garantir, não apenas a estabilidade social do país, como também cumprir o primado da *função social da aposentadoria*.

A Previdência oficial básica foi moldada no sistema de repartição simples, ou seja, num sistema de regime de caixa, no qual as receitas (contribuições) são destinadas ao pagamento de despesas atuais (aposentados de hoje), não havendo formação de reserva ou de poupança individual.

Vê-se que estão intrinsecamente ligados e, portanto, sustentados por este princípio, a universalidade, a obrigatoriedade de todos os ativos contribuírem, o equilíbrio financeiro e atuarial, a equivalência e a equidade.

Em um sistema de repartição simples (de caixa) o pagamento dos benefícios previdenciários instituídos somente pode ser alcançado se houver todo um grupo sustentando os incapazes, sobretudo nos momentos de risco imprevisíveis, como o evento morte, por exemplo.

A solidariedade é inerente à atividade econômica, que deve suportar tanto os benefícios programados (ex: aposentadoria por tempo de contribuição), como os meramente de risco (ex: auxílio-doença).

Logicamente, para que o sistema de repartição simples seja bem sucedido, além de *obrigar* os cidadãos a contribuírem, deve contar com revisão atuarial¹¹ anual da massa de contribuintes ativos, a fim manter equilibradas as contas. Por óbvio que desvios de receitas, cadastros falhos, fiscalização precária, políticas inconstantes e, sobretudo, falta de avaliação anual do perfil da massa de contribuintes comprometem não somente este, mas qualquer sistema de custeio previdenciário.

¹¹ A revisão atuarial consiste na adequação das contas às tábuas biométricas de longevidade, natalidade, mortalidade e invalidez, bem como a atualização dos estudos demográficos.

O direito à Previdência Social básica garante ao segurado um benefício definido quando da sua aposentadoria, custeado por toda a sociedade economicamente ativa à época de sua concessão. Ressalte-se que, o atual aposentado, quando da atividade contribuiu para os que antes deles se aposentaram, seja por desconto em folha, seja por contribuições sociais diversas, seja porque o Estado se incumbiu de fazê-lo, tudo isso nos termos legais. O princípio da solidariedade entre gerações subdivide-se em:

Princípio da solidariedade intragerações: também conhecido como pacto intrageracional, este princípio deve ser analisado de forma sistemática, uma vez que complementa o princípio da equidade, acima exposto. Uma vez que a equidade estabelece que o segurado seja retribuído em função de suas contribuições, o pacto intragerações flexibiliza aquele princípio ao admitir a distribuição de renda dentro do sistema, de modo que as regras do Sistema possam beneficiar os trabalhadores de menor poder aquisitivo, a fim de que seja fortalecida a coesão social.

Como exemplo desse pacto, o Estado concede isenções totais ou parciais de alíquotas de contribuição patronal sobre a folha de pagamento, são as chamadas renúncias fiscais – como forma de favorecer os mais humildes e como instrumento de fortalecimento de segmentos da sociedade considerados importantes para o desenvolvimento da economia (ex: entidades filantrópicas, empregadores rurais e empresas optantes pelo Simples).

Princípio da solidariedade intergerações, ou pacto intergeracional, concentra todo o fundamento do sistema de repartição simples, na medida em que estabelece a solidariedade de ativos para com os atuais inativos. Mais especificamente, pode-se afirmar que, por este princípio, a geração que está em atividade hoje é quem contribui para financiar os gastos previdenciários da geração que está aposentando ou aposentada.

Conclui-se, então, que quem já se aposentou no sistema de repartição simples tem direito adquirido à aposentadoria e sua inalterabilidade, não mais necessitando contribuir para a previdência, em razão, sobretudo, do princípio da solidariedade de gerações, base do atual sistema, que exclui, expressamente, os inativos desse ônus (que é de exclusiva responsabilidade da sociedade economicamente ativa e do Estado).

Ressalte-se, ainda, que o princípio da solidariedade entre gerações no sistema de repartição simples é tão intimamente ligado à função social das concessões dos benefícios previdenciários que não permite a devolução de contribuições aos segurados que *saem* do Regime. Primeiro, porque não são individualizadas e nem

diretamente proporcionais ao benefício a ser concedido quando da elegibilidade do segurado; segundo, porque, ao ingressar num regime de repartição simples, o segurado está sob a égide do princípio constitucional da solidariedade, que pressupõe a submissão daquele ao pacto intergeracional.

Vale ressaltar que, na visão assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da solidariedade passou a ter uma dimensão bem distinta da acima retratada. Por ser solidário, o sistema previdenciário comportaria taxações praticamente ilimitadas. Sob o espreque da solidariedade, o STF assentou a constitucionalidade da contribuição previdenciária do servidor público aposentado, bem como a limitação da retributividade estrita (que passaria a garantir apenas a criação de novo tributo sem a correspondente fonte de custeio e não a criação de nova fonte de custeio sem o correspondente incremento de benefício).

A partir do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) propostas contra as sucessivas reformas previdenciárias, em especial a ADI 3.105, o STF adotou uma particularíssima visão dos princípios que regem a seguridade social, afastando-se, em certa medida, da doutrina previdenciarista. Contudo, esse tema será tratado em tópico específico mais adiante.

6. As reformas da Previdência Social no Brasil

Segundo Carmelo Mesa-Lago, a crise econômica dos anos 80 agravou o *déficit* dos sistemas de previdência social, provocando a crise latente da seguridade social na maioria dos países da América Latina. O aumento do desemprego e a expansão do trabalho informal reduziram a cobertura e os ingressos no sistema. Nos poucos países em que a seguridade social incluía seguro-desemprego e assistência social, os desempregados começaram a cobrar os seus subsídios, e o número crescente de pobres passou a receber benefícios assistenciais. A hiperinflação diminuiu o salário real e aumentou os gastos e, além disso, os governos começaram a não recolher a sua contrapartida nas contribuições previdenciárias. Com isso, ao final da década de 1980, a maioria dos países da América Latina lidava com um grave déficit nos sistemas previdenciários.

Para tentar solucionar a questão e restaurar o equilíbrio, ainda segundo Mesa-Lago, muitos países permitiram a erosão do valor real das pensões e pararam o investimento em infraestrutura e saneamento básico.

O ajuste estrutural na administração pública contribuiu para o agravamento da crise na seguridade social, pois o processo de corte de empregos públicos e gastos estatais impactaram negativamente a cobertura previdenciária. Reduziram os investimentos em saúde pública e, por quase uma década, se paralisaram os investimentos em infraestrutura. A pressão das instituições financeiras multilaterais (FMI e Banco Mundial) para restabelecer o equilíbrio fiscal acabou por identificar na seguridade social a causa do déficit e, ao mesmo tempo, fonte de financiamento de novos mercados de capitais. Nesse contexto, a crise doméstica da seguridade social e a pressão externa abriram caminho para as reformas.

Adotando a classificação de Carmelo Mesa-Lago¹², as reformas nos regimes de pensões podem ser não estruturais ou estruturais. As reformas não estruturais mantêm o sistema público, entretanto, transformam-no com diversos objetivos: aumentar a cobertura populacional, equalizar a aquisição de direitos entre os diversos grupos cobertos, eliminar ou reduzir o déficit e fazê-lo mais viável financeiramente dentro de um período, melhorar a eficiência (incluindo a unificação dos entes gestores) e prover pensões mais adequadas. Portanto, as reformas não estruturais tentam aperfeiçoar o sistema público único, ao invés de eliminá-lo, combiná-lo ou fazê-lo competir com diferentes sistemas. Exemplos dessas reformas são as ocorridas em Cuba e Costa Rica.

As reformas estruturais podem ser de três tipos. O primeiro é o substitutivo, que fecha o sistema público (impedindo novas filiações) e recomeçam com um sistema novo de capitalização plena e individual (o pioneiro nessa modalidade de reforma foi o Chile [1981], seguido da Bolívia, México, El Salvador). O segundo modelo é o misto, no qual o sistema público é reformado e integrado, como um componente básico-solidário, a um novo componente de capitalização plena individual (CPI). Quando de sua aposentadoria, os segurados recebem duas pensões: uma básica e outra complementar (essas reformas ocorreram na Argentina e no Uruguai). Por fim, temos o modelo paralelo que não fecha o sistema público, mas o reforma parcial

ou integralmente, acabando com o seu monopólio. Paralelamente, é criado um novo sistema de CPI que compete com o sistema público (Peru e Colômbia).

No Brasil, o sistema de seguridade social enfrentou as mesmas crises dos países latino-americanos e a primeira grande reforma estrutural, na modalidade mista, ocorreu no final da década de 1990.

De acordo com a redação original da Constituição Federal de 1988, o sistema de previdência social foi concebido integralmente como público, de repartição simples, e previa a aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, com benefícios limitados ao teto de Regime Geral de Previdência Social (RGPS) (artigos 201 a 202). Paralelamente, foram previstos os regimes próprios dos servidores públicos federais e dos militares (artigo 40 e parágrafo 9º do artigo 42 da Constituição).

No Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos, a aposentadoria também se dava por tempo de serviço, sem exigência de critérios contributivos. Além disso, os proventos de inatividade correspondiam à integralidade da remuneração percebida na atividade (princípio da integralidade), sendo assegurada, aos inativos, a extensão de quaisquer aumentos ou reajustes concedidos aos servidores em atividade (princípio da paridade). A essa época, os princípios da paridade e da integralidade eram concebidos pelo STF como verdadeiros desdobramentos do princípio da isonomia.

Contudo, dez anos após a promulgação da Constituição, o sistema constitucional de previdência social sofreu sua primeira grande modificação. A Emenda Constitucional 20/98 introduziu a primeira e mais sensível modificação no sistema previdenciário, com a constitucionalização do pilar complementar de previdência (privado e facultativo) e com a exigência do tempo mínimo de contribuição (além do tempo de serviço) para efeitos de aposentação. Essas mudanças foram introduzidas tanto no regime geral (RGPS), quanto no regime próprio dos servidores públicos (RPPS).

Após a EC 20/1998, o sistema constitucional de previdência social passou a ter a seguinte configuração:

¹² MESA-LAGO, Carmelo. *Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI*, Série Políticas Sociales, Naciones Unidas, Santiago de Chile, janeiro/2000, p. 21/22, disponível em <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/4661/lcl1249e.pdf>, acesso de 16.7.2007.



Em que pese a constitucionalização da previdência complementar com a EC 20/98, a essa época, já havia um consistente sistema de previdência privada no Brasil. A EC 20/98 veio ampliar e unificar os principais fundamentos do regime, bem como a possibilidade de sua adoção para os servidores públicos federais.

Cinco anos depois, em 2003, a Reforma da Previdência foi complementada pela EC 41, que introduziu as seguintes modificações:

- fim da integralidade e da paridade entre servidores ativos e inativos - proventos calculados com base nas contribuições do servidor para os regimes previdenciários a que esteve vinculado (geral ou próprio) e reajustados de forma a manter o seu valor real, na forma da lei - §§ 3º e 8º do art. 40 da CF/1988;
- convergência dos regimes próprios e geral de previdência;
- abono de permanência; e,
- contribuição previdenciária para os servidores inativos.

A principal e mais prejudicial alteração promovida pela Emenda Constitucional 41/2003 foi o fim da integralidade e da paridade como direito do servidor público federal (ainda que as regras de transição das EC 41/2003 e 47/2005 tenham garantido os referidos

direitos para os servidores que já haviam ingressado no serviço público até 31.12.2003). Contudo, a instituição da contribuição previdenciária dos servidores inativos foi o tema que atraiu grande parte da atenção e da mobilização dos servidores públicos em 2004.

Em função do extenso debate que se travou no STF em torno do julgamento da constitucionalidade da contribuição dos inativos, adotaremos a ADI 3.105 como o *leading-case* a ser analisado no presente estudo. A ADI da contribuição dos inativos foi o primeiro grande julgamento acerca das alterações constitucionais do sistema previdenciário no Brasil, servindo de baliza para todos os demais pronunciamentos do STF sobre o tema.

Em 2005, foi publicada a Emenda Constitucional 47/2005 (PEC paralela), que modificou algumas alterações que haviam sido feitas pela Emenda Constitucional 41/2003, basicamente no que diz respeito ao teto de remuneração dos Estados e do Distrito Federal, bem como as regras de transição para a aposentadoria dos servidores públicos. Em linhas gerais, a Emenda Constitucional 47/2005 introduziu as seguintes alterações:

- exclui as parcelas de natureza indenizatória do teto de remuneração (§ 11 do art. 37 da CF);

- facultou aos Estados e ao Distrito Federal a adoção de limite único remuneratório, que corresponderá ao subsídio do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado (limitado esse subsídio 90,25% do subsídio dos Ministros do STF), ficando os Deputados Estaduais, Distritais e os Vereadores excluídos dessa regra (§ 12 do art. 37 da CF);

- criou a possibilidade de aposentadoria especial, na forma definida em lei complementar, para o servidor portador de deficiência, que exerça atividade de risco ou em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (§ 4º do art. 40 da CF);

- institui faixa de isenção de contribuição previdenciária diferenciada para o servidor aposentado portador de doença incapacitante, que corresponderá ao dobro do teto do RGPS (§ 12 do art. 40 da CF);

- a integralidade e a paridade foram amplamente estendidas a todos os servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2004 (aposentados ou não nesta data), mediante a revogação do § único do art. 6º da EC 41/2003 e a aplicação do art. 7º aos servidores aposentados na forma do art. 6º, todos da EC 41/2003; e,

- foi criada uma quarta regra de transição, para os servidores que ingressaram no serviço público até 16.12.1998, segundo a qual, para cada ano de contribuição que exceder ao limite de 35/30 anos, será diminuído um ano do limite de idade do art. 40 (60/55), sem redutor no valor dos proventos. Exigem-se, ainda, 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria. Também nesse caso são asseguradas a integralidade e a paridade.

Toda essa trajetória constitucional evidencia a concepção da Constituição como um projeto aberto. Em uma constante evolução que se dá por intermédio de alterações formais e informais da Constituição, na busca de alcançar simetria entre o projeto constitucional e o projeto de sociedade que se está a construir.

7. Limites constitucionais ao poder de reforma

É importante destacar que as alterações constitucionais, respeitados os limites materiais de

mudança (cláusulas pétreas), garantem o próprio Texto Constitucional, livrando-o da ruptura e da caducidade.

As alterações formais são as emendas à Constituição introduzidas pelo Poder Reformador, este se contrapondo ao Poder Originário, que é a Assembleia Constituinte. Essa dicotomia entre Poder Constituinte Originário e Poder Reformador nem sempre é reconhecida pela doutrina. Alguns reconhecem a existência dessa distinção apenas em casos de revoluções que redundaram em rupturas institucionais.

De qualquer forma, o modelo constitucional brasileiro incorpora a distinção entre Poder Originário e Poder Reformador, na medida em que estabelece limites formais e materiais para que o seu texto seja alterado (emendado). Portanto as emendas à Constituição sofrem o controle de constitucionalidade na medida em que estão subsumidas aos limites traçados pela própria Constituição Federal.

Os limites formais de alteração da Constituição dizem respeito aos procedimentos necessários à modificação do texto, tratam das regras procedimentais estabelecidas no artigo 60¹³ da Constituição Federal.

Esse mesmo dispositivo constitucional, em seu parágrafo 4º, traz os chamados limites materiais ao Poder de Reforma, ou cláusulas pétreas: *a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais*. Esses limites delineiam as matérias que não poderão ser objeto de alteração pelo Poder Reformador, identificando um núcleo duro da

¹³ Artigo 60 da CF: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Constituição e traduzindo o sentimento constitucional conformador da interpretação de todas as demais regras constitucionais.

Não obstante a polêmica que envolve as alterações formais da Constituição – mais precisamente em razão da possibilidade de controle efetivo, decorrente dos limites formais e materiais – são as alterações informais que produzem as mais profundas e sensíveis mudanças no texto constitucional.

Os processos de alteração informal da Constituição, que também podem ser chamados de mutação constitucional, não estão sujeitos a limites, na medida em que resulta do constante conflito entre o direito e a realidade social (norma e faticidade, e o direito como ciência contrafática). Por isso, não há de se falar em limites aos processos informais de mudança da constituição, visto que eles decorrem da própria interpretação da Carta Maior, hermenêutica essa operada por todos os intérpretes da Constituição, em uma sociedade aberta.

Nesse sentido, podemos identificar nitidamente a mutação do sentido da isonomia no Texto Constitucional, principalmente no que diz respeito ao servidor e a seu regime constitucional normativo. Verifique-se que o princípio da isonomia é *clausula pétrea*, que não pode ser alterada ou reduzida¹⁴ pelo Poder Reformador, em um processo formal de alteração constitucional.

Contudo, mediante a supressão de verdadeiros desdobramentos do princípio da isonomia – como a isonomia de vencimentos, a isonomia entre servidores ativos e inativos (paridade e integralidade) – modifica-se o próprio princípio, esvaziando o seu conteúdo protetivo, diminuindo-se o seu significado, em um deletério processo de desnaturação, de mutação constitucional.

8. O STF e a contribuição previdenciária dos servidores inativos

O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 3.105 e 3.128, nas quais foi declarada a

constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos é, sem sombra de dúvidas, o *leading case* acerca do regime previdenciário do servidor público.

Até a EC 41/2003, a taxação do servidor público inativo havia sido instituída pela Lei 9.783/1999, que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.010, relator o Min. Celso de Melo.

Por ocasião do julgamento da ADI 2.010, o STF entendeu ser inconstitucional a instituição de contribuição previdenciária para o servidor público inativo. Isso porque o *caput* art. 40 da Constituição Federal, que dispõe sobre o regime previdenciário do servidor, utilizava-se da expressão *servidor ocupante de cargo efetivo*.

Logo, os princípios do equilíbrio financeiro-atuarial que garantiriam a solvabilidade do regime voltavam-se apenas para os servidores ativos, aqueles que, a rigor, ocupavam cargo efetivo.

Excluíram-se, dessa forma, os servidores inativos da responsabilidade de arcar com eventuais déficits do regime previdenciário, em razão da ausência de suficiente matriz constitucional para a sua taxação.

Outros dois fundamentos essenciais para a declaração de inconstitucionalidade da taxação do servidor inativo, por ocasião do julgamento da ADI 2.010, foram os princípios da contributividade e da retributividade direta.

Segundo o parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição Federal, nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado ou majorado sem a correspondente fonte de custeio. Em uma via inversa, não se admite a majoração da fonte de custeio, com a criação ou incremento de alíquotas, sem a correspondente contrapartida, o aumento do benefício.

No caso da taxação do servidor inativo, este estaria sujeito a um incremento da contribuição sem a correspondente contrapartida, em uma quebra dos princípios da contributividade e da retributividade direta.

Com a Emenda Constitucional 41/2003, o Poder Reformador procurou incorporar os fundamentos delineados no julgamento da ADI 2.010, de forma a contornar os óbices que a jurisprudência do STF havia

¹⁴ Esse é o sentido empregado pelo próprio STF à locução *tendente a abolir* contida no artigo 60 da Constituição Federal.

imposto à contribuição dos inativos, produzindo, dessa forma, a suficiente matriz constitucional.

As ingerências e pressões que o Poder Executivo exerce no Poder Judiciário são objeto de preocupação não apenas de juristas, mas ocupam a pauta dos noticiários sob vários rótulos, especialmente a judicialização da política, que, via de regra, deságua no ativismo judicial¹⁵. Nesse contexto, o conteúdo político das decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade, bem como o papel político por ele exercido, não fica de fora desse acalorado debate¹⁶.

O controle concentrado de constitucionalidade¹⁷ desenvolve-se em um processo tipicamente objetivo, cuja caracterização foi paulatinamente construída pela jurisprudência do STF¹⁸. O processo objetivo denota-se pelo seu escopo de defesa da Constituição e de manutenção da ordem constitucional, o que pressupõe a inexistência de interesses subjetivos deduzidos à lide e a ausência de partes propriamente ditas e de contraditório.

Percebe-se o fluxo de pressão que o Poder Executivo exerce sobre o Poder Judiciário, especialmente sobre o STF, na medida em que fundamentos de ordem eminentemente econômica e administrativa são levados a cabo para justificar decisões judiciais, o que modernamente vem sendo denominado o pensamento jurídico do possível.

Contudo, no caso da taxaço do servidor inativo, verifica-se o refluxo dessa pressão vinda do Poder Judiciário e incorporada pelos outros Poderes, no caso, o Poder Legislativo, em um movimento insito à harmonia entre os Poderes. Com efeito, a Emenda Constitucional 41/2003 é um exemplo típico de absorção pelo Poder Legislativo, Poder Reformador, das balizas e diretrizes estabelecidas pelo Poder Judiciário, no caso, o STF.

Portanto, o movimento de equilíbrio entre os Poderes exige fluxos e refluxos tanto do Poder Executivo em direção ao Poder Judiciário, quanto deste em direção àquele.

Nesse sentido, a EC 41/2003 forneceu a matriz constitucional suficiente para a contribuição dos servidores públicos inativos, mediante a introdução, no *caput* do artigo 40, da expressão *e inativos*, e do princípio da solidariedade. O princípio da solidariedade foi o principal fundamento para que o STF, por ocasião do julgamento da ADI 3.105, declarasse a constitucionalidade da taxaço do servidor inativo.

Caso paradigmático, o julgamento da ADI 3.105 assentou a constitucionalidade da contribuição dos servidores inativos. Nessa ocasião, o STF entendeu que o princípio da solidariedade, introduzido no *caput* do art. 40 da CF, pela EC 41/2003, autorizava a instituição da contribuição dos servidores inativos, em prol da solvabilidade do sistema previdenciário do servidor, atendendo-se ao equilíbrio financeiro-atuarial.

De outro turno, foi feita uma releitura do princípio da retributividade direta (§ 5º do art. 195 da CF). Conforme já destacado, o STF, por ocasião do julgamento da ADI 2.010, entendera que da mesma forma que não se admitia o incremento de benefício sem a correspondente fonte de custeio, não haveria de se admitir o incremento da fonte de custeio sem o incremento de benefício (em uma via dupla).

Já por ocasião do julgamento da ADI 3.105, o STF entendeu que o princípio da retributividade direta garante, apenas, o não incremento do benefício sem a correspondente fonte de custeio, e não o inverso. É como se as fontes de custeio pudessem ser majoradas indefinidamente, com vistas impedir eventual insolvabilidade do sistema, tudo em prol de uma solidariedade universal.

Tal entendimento possui um desdobramento extremamente prejudicial aos direitos e garantias fundamentais, não apenas dos servidores, mas de todos os cidadãos que estão sujeitos à voracidade da atividade tributária do Estado. Na medida em que a exação previdenciária¹⁹ não conhece limites

¹⁵ Sobre o tema, vide artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, do dia 14.5.2008, *Ativismo judicial: é sempre legítimo?*, do Deputado Maurício Rands, líder do Governo na Câmara.

¹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política?, Revista Jurídica, vol. 2, n. 13, junho/1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/ques_politica.htm, acesso de 4.6.2008.

¹⁷ No presente artigo, entende-se por controle concentrado de constitucionalidade aquele exercido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (inclusive por omissão), da ação declaratória de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

¹⁸ STF: Representação 1.016 e 1.405 e Ação Rescisória 878.

¹⁹ Nesse ponto, é importante lembrar que doutrina e jurisprudência sempre distinguiram a exação previdenciária dos demais tributos, conferindo-lhe um caráter mais aproximado das taxas (vinculação) e não de impostos (não vinculados).

em uma contrapartida estatal, (em especial a exação de contribuições, cujo carácter assemelha-se ao da taxa, em uma vinculação direta entre recolhimento e benefício) as contribuições poderão ser instituídas a bel prazer do Fisco, sem nenhuma repercussão em benefícios, em razão da solidariedade do sistema. Fica institucionalizada a possibilidade do confisco, vedada pela Constituição.

9. O princípio da retributividade direta no julgamento do RE 415.454

O julgamento do RE 415.454, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 26.10.2007, compreendeu a complexa análise acerca da constitucionalidade do aumento da pensão por morte para os segurados que já eram pensionistas à época da alteração da Lei 8.213/1990. O tema é extremamente instigante e requereria uma análise aprofundada de todos os seus aspectos. Contudo, no presente artigo, nos deteremos no aspecto da retributividade, com o propósito de dar continuidade à leitura empreendida pelo STF por ocasião do julgamento da contribuição dos inativos.

A partir da análise do RE 415.454, verifica-se que o STF persistiu nessa linha de entendimento e acabou por consolidar o entendimento, no sentido de que o Texto Constitucional, ao assegurar que nenhum benefício da seguridade social seria criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio, criou uma garantia institucional e não um direito fundamental à seguridade social²⁰.

²⁰ Canotilho, a par de ilustrar a necessária distinção entre direitos fundamentais e garantias institucionais, aponta: “É uma distinção clássica da doutrina alemã. As chamadas garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*) compreendiam as garantias jurídico-públicas (*institutionnelle garantien*) e as garantias jurídico-privadas (*institutsgarantie*). Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos directamente a uma pessoa; as instituições, como tais, têm um sujeito e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim, a maternidade, a família, a administração autónoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia académica, são instituições protegidas directamente como realidades sociais objectivas e só, indirectamente, expandem para a protecção dos direitos individuais. (...)”

As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto ‘firmar’, ‘manter’ ou ‘conservar’ certas ‘instituições naturais’ mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionais ou coercitivas.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*

A fonte de custeio é garantia institucional (meio) de concreção dos direitos sociais (fim), em especial dos direitos aos benefícios previdenciários. Em outras palavras, a indicação da fonte de custeio é o meio pelo qual o Estado garantirá a concretização dos benefícios previdenciários, não se confundindo e muito menos se sobrepondo ao direito fundamental em si. Logo, a fonte de custeio é o postulado de protecção do cidadão contribuinte de que os seus direitos sociais não serão desprezados em prol de falta de recurso. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes consignou em seu voto, às fls. 1066/1067:

A necessidade de previsão da fonte de custeio da seguridade social, prevista no art. 195, § 5º, da Constituição, que serve de parâmetro à discussão de inconstitucionalidade ora em exame, por certo não encontra no texto da Carta disciplina suficiente ou exaustiva. *Ao contrário, assume feição típica das instituições. Não há, ali, um conceito estático de ‘benefício’ ou ‘serviço da seguridade social’.*

Como realidade institucional, aquela fonte de custeio assume feição dinâmica, em que a definição de seu conteúdo está aberta a múltiplas concretizações.

As disposições legais a ela relativas têm, portanto, inconfundível carácter concretizador e interpretativo. E isso, obviamente, não significa a admissão de um poder legislativo ilimitado. Nesse processo de concretização ou realização, por certo, serão admitidas tão-somente normas que desbordem os múltiplos significados admitidos pelas normas constitucionais concretizadas. *Na perspectiva de protecção dos direitos individuais*, tais como as *prerrogativas constitucionais dos contribuintes*, deverá ser observado especialmente o *princípio da proporcionalidade*, que exige que as restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Enfim, *a faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional da seguridade, assim como suas fontes de custeio, obriga-o a compatibilizar o dever de contribuir do indivíduo com o interesse da comunidade. Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é todavia, comum a todos os direitos fundamentais,*

e *Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, Portugal: Ed. Livraria Almedina, p. 397.

não sendo uma especificidade da seguridade social. (destaques atuais)

A partir do entendimento assentado pelo STF, o princípio da retributividade, em matéria previdenciária, não se afigura de forma estrita, mas sim subordinada ao princípio da solidariedade, plasmado em um Estado de Segurança na concepção habermasiana²¹, na linha do que bem apontou o Min. César Peluso no voto condutor da ADI 3.105, ao fazer referência ao princípio estrutural da solidariedade para declarar a constitucionalidade da contribuição previdenciária dos servidores inativos²².

Tal conformação mostra-se presente nas diversas hipóteses de criação solitária de fontes de custeio sem nenhum benefício correspondente. Tome-se de empréstimo a tabela reproduzida no voto do Min. Carlos Ayres, por ocasião do julgamento do RE 415.454, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. de 26.10.2007, à fl. 1131:

Diploma	O que fez?	Qual foi o resultado?
LC 84/1996, arts. 1º e 2º	Instituiu contribuição social de empresas e pessoas jurídicas outras (inclusive cooperativas em geral e cooperativas de trabalho)	Criação solitária de nova fonte de custeio da seguridade social
Lei Complementar 110/2001	Instituiu contribuições sociais devidas pelo empregador em caso de despedida de empregado sem justa causa	Criação solitária de nova fonte de custeio da seguridade social
Medida Provisória 2.158-35/2001 (alínea 'b' do inciso II do art. 93)	Revogou totalmente a LC 85/1996, que concedia isenção de contribuições sociais previstas na LC 70/1991	Incremento solitário no custeio da seguridade social
Lei 10.684/2003, art. 22	Majorou a base de cálculo (de 12 para 32%) da contribuição social sobre o lucro líquido das empresas de que trata o inciso III do art. 15 da Lei 9.249/1995	Incremento solitário no custeio da seguridade social

Conclui-se, portanto, sempre na linha da jurisprudência de nossa Corte Maior, que a garantia institucional da fonte de custeio, como desdobramento do princípio da retributividade, constitui faculdade outorgada ao legislador pela Constituição. Faculdade essa que lhe permite a instituição de fontes de custeio dissociadas da respectiva criação, majoração ou extensão de benefícios, bem como, na via inversa, a extensão de benefícios sem a indicação da fonte direta de custeio.

O poder-dever do legislador em adequar as garantias institucionais aos fins colimados, evidentemente, sempre será exercido com prudência, equilíbrio e proporcionalidade, requisitos indispensáveis para que a norma se adeque à dimensão subjetiva do devido processo legal.

O custeio, portanto, dar-se-á de forma direta e indireta mediante contribuições de toda a sociedade, conforme preconiza o princípio da solidariedade

²¹ Ricardo Lobo Torres anota: Da *ambivalência* e do caráter paradoxal da sociedade de risco decorre a modificação do próprio conceito de *segurança*. A idéia de *segurança jurídica*, prevalente no Estado Liberal Clássico, que tinha por objetivo a proteção dos direitos individuais do cidadão, começa a ser contrabalançada no Estado de Bem-estar Social com a de *segurança social* (*rectius*: seguridade social) e culmina, no Estado Subsidiário, com a de seguro social. Os riscos e a insegurança da sociedade hodierna não podem ser eliminados, mas devem ser aliviados por mecanismos de segurança social, econômica e ambiental. A solidariedade social e a solidariedade do grupo passam a fundamentar as exações necessárias ao financiamento das garantias da segurança social. Habermas chega a falar em uma nova dimensão estatal, a do Estado de Segurança (*Sicherheitsstaat*), fundado no princípio da solidariedade (TORRES, Ricardo Lobo. *O Princípio da Transparência no Direito Financeiro*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15.5.2005).

²² STF – ADI 3.105, Relator par ao acórdão Min. César Peluso, voto do Min. Relator, p. 228, DJ de 18.2.2005.

que instrui e orienta o subsistema constitucional da previdência social.

Com esse entendimento, concluímos que o STF abriu a via para que o Poder Executivo garanta, sem maiores entraves constitucionais, a plena solvabilidade do sistema de seguridade social brasileiro mediante a criação de inúmeras fontes de custeio. Vale lembrar que as fontes custearão não apenas a seguridade, mas as despesas orçamentárias em geral da União, haja vista a desvinculação de suas receitas, aprovada desde 1994 por intermédio de emendas à constituição.

Conclusão – O papel da seguridade no Brasil

Como conclusão, em que pese o candente debate constitucional que circunda o tema, aqui considerado a partir do complexo trinômio segurado/direitos a benefícios/financiamento, a seguridade social exerce um importantíssimo papel no desenvolvimento econômico do país.

Segundo dados divulgados pelo Ipea, em setembro de 2007, as primeiras análises da PNAD de 2006 lançaram luzes sobre recentes mudanças experimentadas pelo Brasil, dando ênfase para o sentido e trajetórias dos fenômenos em dois vetores: mudanças na estrutura social e inclusão social.

Foram apreciados aspectos da demografia, educação, trabalho, previdência, desigualdade de renda e pobreza. A análise da PNAD 2006 realizada pelo Ipea averiguou que a seguridade social desempenha um papel crucial para redução da extrema pobreza no Brasil. Segundo o Ipea, as transferências monetárias da previdência social (aposentadorias, auxílios, pensões, salário-maternidade e salário-família) colaboraram decisivamente para a diminuição da indigência no país, o mesmo no que diz respeito às transferências da assistência social.

A PNAD 2006 aponta que o número de pessoas em condições de extrema pobreza é hoje de 21,7 milhões (indivíduos que sobrevivem com renda domiciliar *per capita* inferior a ¼ de salário-mínimo). Contudo, se fossem retirados da renda domiciliar os benefícios da previdência e da assistência, o número de extremamente pobres subiria para 38,9 milhões.

Isso significa que, sozinha, a seguridade social garante que 17,2 milhões de pessoas saiam da situação de indigência no país²³. A diminuição da pobreza tem um custo, mas traz em si benefícios sociais que não podem ser olvidados.

O economista indiano Amartya Sen²⁴, prêmio Nobel em 1998, chamou atenção para o fato de que o desenvolvimento de um país está intrinsecamente ligado às oportunidades oferecidas à população para fazer escolhas e exercer plenamente a sua cidadania, incluídos os direitos sociais básicos, como saúde e educação. Outro economista indiano, Prahalad²⁵, chama destaca o potencial econômico existente na base da pirâmide: cada cidadão tirado da miserabilidade é mais um consumidor, mais uma engrenagem na propulsão do crescimento econômico sustentável.

A ONU, por ocasião do Dia mundial da água, celebrado em 22 de março de 2008, divulgou nota na qual estima em US\$ 66 bilhões (sessenta e seis bilhões de dólares) os benefícios econômicos se o número de pessoas sem saneamento básico adequado caísse pela metade, no mundo, até 2015.

De acordo com as Nações Unidas, os ganhos econômicos poderiam ser gerados por meio de aumento de produtividade no trabalho e nas escolas, menos gastos médicos, menos dias sem produzir por causa de doenças e mortes relacionadas à falta de condições de saneamento (uma das finalidades da seguridade social).

Na nota divulgada, a ONU destaca que um simples banheiro pode mudar muita coisa, pois mais acesso a banheiros limpos e seguros e à educação de higiene (combinada com simples mudanças de hábitos, como lavar as mãos) poderiam diminuir em dois terços as mortes de crianças por diarreia. No Peru, por exemplo, a instalação de vasos sanitários com

²³ PNAD 2006 – Primeiras Análises: demografia, educação, trabalho, previdência, desigualdade de renda e pobreza, Ipea, setembro de 2007, Brasília, disponível em http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf_release/18Pnad_Primeiras_Analises_2006.pdf, acesso de 30.5.2008.

²⁴ SEN, Amartya. *On Ethics and Economics*, MA: Blackwell Publishing, 1987.

²⁵ PRAHALAD, C. K. *The Fortune at the Bottom of the Pyramid: Eradicating Poverty Through Profits*, NJ: Wharton School Publishing Paperbacks, 2006.

descargas na casa fez crescer em quase 60% a chance de uma criança sobreviver ao primeiro aniversário²⁶.

Conclui-se que o crescimento econômico, para ser consistente, deve vir acompanhado de diminuição da pobreza e de inclusão social, de forma a fomentar um círculo virtuoso. Apenas a partir dessa perspectiva os mecanismos sociais de distribuição de renda deixarão de ser vistos como mera caridade, convertendo-se em um dos componentes da outra face da moeda do crescimento sustentável de um país.

Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, Portugal: Ed. Livraria Almedina.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política?, Revista Jurídica, vol. 2, n. 13, junho/1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/ques_politica.htm, acesso de 4.6.2008.

Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL): *"Enfrentando o futuro da proteção social: acesso, financiamento e solidariedade"*, documento elaborado para o trigésimo primeiro período de sessões da Comissão (Montevideu, Uruguai, 20 a 24 de março de 2006), disponível em <http://www.cepal.org.ar/publicaciones/xml/4/24084/lcg2295p.pdf>, acesso de 3.6.2008.

Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher - UNIFEM e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea, *"Retrato das desigualdades"*, 2 ed., disponível em <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/1907.pdf>, acesso de 2.6.2008.

Ipea: *PNAD 2006 – Primeiras Análises: demografia, educação, trabalho, previdência, desigualdade de renda e pobreza*, setembro de 2007, Brasília, disponível em http://www.Ipea.gov.br/sites/000/2/pdf_release/18Pnad_Primeiras_Analises_2006.pdf, acesso de 30.5.2008.

Ipea: *"Políticas Sociais: acompanhamento e análise 14, fev/2007"*, p. 36, disponível em http://www.Ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_06/SEGURIDADE_SOCIAL.pdf, acesso de 3.6.2008.

MESA-LAGO, Carmelo. *"Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI"*, Série Políticas Sociales, Naciones Unidas, Santiago de Chile, janeiro/2000, p. 21/22, disponível em <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/4661/lcl1249e.pdf>, acesso de 16.7.2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, *"Seguridade Social e Financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS no Brasil"*, julho/2007, disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1001, acesso de 20.5.2008.

Organização das Nações Unidas – ONU: ODM de saneamento pode gerar US\$ 66 bi: ONU estima ganhos em produtividade e economia no mundo, caso o ODM de reduzir pela metade pessoas sem saneamento seja cumprido, disponível em www.pnud.org.br/saneamento/reportagens/index.php?id01=2915&lay=san, acesso de 30.5.2008.

PRAHALAD, C. K. *The Fortune at the Bottom of the Pyramid: Eradicating Poverty Through Profits*, NJ: Wharton School Publishing Paperbacks, 2006.

SEN, Amartya. *On Ethics and Economics*, MA: Blackwell Publishing, 1987.

SILVA, Enid Rocha da. e SCHWARZER, Helmut. *"Proteção Social, aposentadorias, pensões e gênero no Brasil"*, Texto para Discussão n 934, dezembro/2002, Ipea, p. 15, disponível em http://www.Ipea.gov.br/pub/td/2002/td_0934.pdf, em acesso 20.4.2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Princípio da Transparência no Direito Financeiro. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>*. Acesso em 15.5.2005).

²⁶ Organização das Nações Unidas – ONU: ODM de saneamento pode gerar US\$ 66 bi: ONU estima ganhos em produtividade e economia no mundo, caso o ODM de reduzir pela metade pessoas sem saneamento seja cumprido, disponível em www.pnud.org.br/saneamento/reportagens/index.php?id01=2915&lay=san, acesso de 30.5.2008.